

## **APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: ESTRATEGIAS POLÍTICO-JURÍDICAS PARA LA REIVINDICACIÓN DE DERECHOS DEL COLECTIVO DE LGBT.**

**Cristina Monereo Atienza**

**Profesora titular (acreditada) de Filosofía del Derecho**

**Universidad de Málaga**

[cmonereo@uma.es](mailto:cmonereo@uma.es)

### **RESUMEN:**

El interés por la igualdad y los derechos del colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales ha suscitado un intenso debate sobre la condición individual y social de las personas integrantes de este grupo vulnerable, que ha retomado además conceptos complejos también analizados y discutidos en otros colectivos como el feminista.

La heterogeneidad de los miembros de este colectivo y la propia organización del sistema social hace difícil la tarea de delimitar los conceptos implicados, lo que supone un obstáculo para la consecución de la igualdad. Por ello, es esencial aclarar el mapa conceptual en torno a la orientación sexual y la identidad de género: para saber quienes son los integrantes de este colectivo; para conocer cuales son sus diferencias e indicar si son relevantes para realizar una distinción en términos de igualdad; y, por último, para señalar nuevas estrategias para la igualdad y el reconocimiento de derechos.

Por lo demás, la lucha por la igualdad requiere de medidas complejas que vayan más allá de las clásicas reivindicaciones de igualdad y no discriminación. Como ocurre en la cuestión de las mujeres, se precisa una transformación social profunda que rompa con los tradicionales cánones definitorios de los sexos y con el sistema patriarcal. En este punto, la normativa internacional como también la regional, a pesar de las positivas conquistas realizadas, es todavía parca e insuficiente, además de centrada en la mera igualdad formal y no discriminación que no promueve realmente un cambio profundo en la sociedad.

### **PALABRAS CLAVE:**

Orientación sexual; identidad de género; gays, lesbianas, bisexuales y transexuales; sexo y género; *queer*; identidad, igualdad y diferencia; igualdad y no discriminación.

### **ABSTRACT:**

The interest in equality and the rights of lesbians, gays, bisexuals and transgender people has sparked an intense debate about the individual and social condition of the people belonging to this vulnerable group, which has also taken up complex concepts, also analysed and discussed in other groups such as the feminist.

The heterogeneity of the members of this group and the organization of the social system make difficult the task of defining these concepts, which is an obstacle to the achievement of equality. Therefore, it is essential to clarify the conceptual map of sexual orientation and gender identity: in order to know who the members of this group are; to know their differences and indicate if they are relevant to the distinction in terms of equality; and finally, to identify new strategies for equality and recognition of rights.

Moreover, the struggle for equality requires complex measures that go beyond the traditional claims of equality and non-discrimination. As with the women social problem, a profound social transformation that breaks with traditional canons of defining gender and with the patriarchal system is required. At this point, the international and regional policy, despite the positive achievements made, is still sparse and inadequate, in addition it is focused on mere formal equality and non- discrimination that not actually promotes a profound change in society.

**KEYWORDS:**

Sexual orientation; gender identity; gays, lesbians, bisexuals and transgender people; sex and gender; queer; identity, equality and difference; equality and non-discrimination.

## 1. ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO: BREVE ANÁLISIS CONCEPTUAL.

Resulta llamativo observar la confusión que existe en los conceptos de orientación sexual e identidad de género. Por ello, hay que empezar por ofrecer una breve definición que pueda servir de punto de partida. Por una parte, la *orientación sexual* se ha definido como la atracción hacia otra persona en el plano emotivo, romántico, sexual o afectivo, que puede ser heterosexual (es decir cuando el objeto de atracción es una persona del sexo opuesto) u homosexual (cuando los sentimientos se producen hacia personas del mismo sexo). También se habla de la bisexualidad, cuando la atracción se produce indiferentemente hacia cualquiera de los sexos<sup>1</sup>.

Esta definición de orientación sexual parece transparente. No obstante, el cuestión es más compleja ya que, sin duda, el deseo sexual es un mecanismo biológico (como el hambre o la sed), pero al mismo tiempo tiene un componente social. De hecho, estudios sobre la homosexualidad en la Antigua Grecia constatan que en aquella época la apetencia sexual dividía a las partes en activa y pasiva<sup>2</sup>. Para la parte activa, el sexo de la pasiva era una cuestión irrelevante. Por tanto, la homosexualidad no existía como tal, es decir, no existían personas que tuvieran una preferencia sexual hacia personas del mismo sexo. Así pues, la preferencia sexual es un constructo cultural (por supuesto, sin dar a entender que la cultura sea algo monolítico y fijo). El deseo es algo humano, pero las maneras en que los seres humanos responden a los deseos sexuales están socialmente construidas. La sociedad divide a las personas desde niños según sus órganos genitales, pero los órganos no se interpretan así mismos y dos personas con los mismos genitales pueden tener una u otra orientación sexual.

De todos modos, el problema radica, sobre todo, en que la sociedad en su afán clasificatorio divide injustamente lo que es normal (la heterosexualidad) y lo que no lo es (la homosexualidad), excluyéndose además la tercera posibilidad, la bisexualidad (posición ampliamente incomprendida tanto por heterosexuales como por homosexuales).

No sin razón, se defiende que el origen de esta consideración está en muchos países en la religión cristiana y, concretamente, en una determinada interpretación conservadora de los textos bíblicos<sup>3</sup>, que se ha transmitido a través de las escuelas y de lo que, en términos anglosajones, se denomina la *Medía religiosa*. Esta tendencia defiende la existencia de unas identidades y roles asignados prefijadamente a los sexos, y en un determinado concepto de familia cristiana apoyado en el matrimonio y la diferencia sexual. Lo más peligroso de estas posiciones es que las relaciones homosexuales se ven como una amenaza al orden heterosexual. Así, desde este punto de vista, permitir las uniones homosexuales supondría restarle importancia a la familia y desencadenar, incluso, el caos social. Esto explica por qué el colectivo de homosexuales (gays y lesbianas) y bisexuales son un grupo vulnerable que ha sufrido históricamente de rechazo y discriminación social.

Por otra parte, el concepto de *identidad de género* se ha definido como un sentimiento psicológico de ser hombre o mujer, que implica la adhesión a las normas sociales (al género) sobre lo masculino y lo femenino. En este caso el problema lo encuentran aquellas personas cuyo género no concuerda con el sexo biológico. Es lo que se denomina transexualidad<sup>4</sup>. Aquí el inconveniente es que, de nuevo, la sociedad se ha encargado de dividir a los seres humanos en

<sup>1</sup> Véanse los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos humanos en relación a la orientación sexual y a la identidad de género, 2007).

<sup>2</sup> NUSSBAUM, M., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 346.

<sup>3</sup> Véase CARAMAGNO, T. C., *Irreconcilable differences? Intellectual stalemate in the gay rights debate*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 2002, pp. 24 y ss.

<sup>4</sup> Véanse, de nuevo, los Principios de Yogyakarta (2007).

dos compartimentos estancos: hombre o mujer, y les ha asignado unos comportamientos, valores y funciones sociales determinadas.

La transexualidad ha sido vista como una ruptura del binarismo hombre/mujer, pero al mismo tiempo puede reforzarlo, puesto que los transexuales se ven obligados a elegir y acentuar una identidad sexual para buscarse a sí mismos<sup>5</sup>. Con todo, es esencial comprender que la identificación con alguna de esas identidades fijas es artificial y, además, en el ámbito político-jurídico y social puede ser contraproducente para la obtención de la igualdad, porque favorece el mantenimiento de un sistema que jerarquiza a los sexos.

Por lo demás, así definidos, la diferencia conceptual entre la orientación sexual y la identidad de género es evidente. Las personas con una orientación sexual determinada no suelen tener problemas de identidad de género. A la vez una persona transexual puede tener diferentes orientaciones sexuales<sup>6</sup>.

Otra cosa distinta son también los llamados intersexuales (hermafroditas) o los asexuales, que son personas con modificaciones genéticas que les hacen tener ambos sexos a la vez o no tener, en realidad, ninguno. En principio, no se incluye este grupo dentro del colectivo de LGBT, aunque ciertamente las alianzas en determinados asuntos pueden ser positivas. La intersexualidad suele ser bien acogida por el grupo de LGBT, entre otras cosas porque los retos jurídicos que persiguen coinciden ampliamente con los de la transexualidad, esto es, que la ley sea capaz de determinar su sexo. Pero la asociación transexualidad-intersexualidad es considerablemente rechazada por muchos intersexuales que piensan que su condición traspasa las fronteras marcadas por la orientación sexual y la identidad de género. Además, para muchos la confusión entre transexualidad e intersexualidad puede favorecer, entre otras cosas, las intervenciones quirúrgicas en el cuerpo físico, que son el objeto de denuncia principal en el caso de la intersexualidad<sup>7</sup>. Por esta razón, hay que distinguirlos y en principio excluirlos del grupo aquí tratado.

En definitiva, la orientación sexual y la identidad de género son dos conceptos resbaladizos, especialmente porque en ellos están implicadas dos nociones de compleja definición: el sexo y el género. A continuación, se realizará un breve acercamiento conceptual a estos dos términos a fin de concretar la problemática y las reivindicaciones de estos colectivos.

## 2. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL SEXO Y AL GÉNERO. ALUSIÓN A LAS PROPUESTAS QUEER.

Los conceptos de sexo y género han generado un extenso debate en la doctrina. Habitualmente, se define el sexo en relación al plano inmutable y ahistórico de lo biológico, mientras el *género* se considera un producto de la construcción cultural que, por tanto, es cambiante<sup>8</sup>. Los sujetos

<sup>5</sup> MACCREDIE, J., *Making girls and boys. Inside the science of sex*, University of New South Wales Press Ltd., New South (Australia), 2011, pp. 180 y ss.

<sup>6</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

<sup>7</sup> Los intersexuales luchan por acabar con la consideración médica "defectuosa" de sus genitales que ha justificado las intervenciones quirúrgicas en bebés para dotarlos de un aparato genital más parecido a un sexo u otro. Estas intervenciones han sido fuente de múltiples problemas psicológicos y físicos después.

<sup>8</sup> TUBERT, S., "Introducción. La crisis del concepto de género", en TUBERT, S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 8; ACCATI, L., "La diversidad original y la diversidad histórica: sexo y género entre poder y autoridad", trad. S. Tubert, en TUBERT, S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 220, 260; para una génesis más completa sobre el concepto de género y en sistema sexo-género, véase OLIVA PORTOLÉS, A., "Debates sobre el género", en AMORÓS, C. Y DE MIGUEL, A.,

femenino y masculino se presentan como opuestos diferentes biológicamente (macho/hembra) y también socialmente (masculino/femenino), ya que las diferencias biológicas se traducen socialmente, de tal manera que se crea un sistema que distingue estereotipos y distribuye desigualmente roles. La oposición masculino/femenino se da en el plano biológico, y asimismo en el social donde la ideología patriarcal se ha encargado de subordinar “lo femenino” a “lo masculino” creando no solamente diferencia, sino también desigualdad.

No obstante, esta visión tan extendida de los conceptos de sexo y género es criticable. Por ejemplo, desde el *feminismo postmoderno de la diferencia* se ha apuntado críticamente que el sexo es igualmente algo construido socialmente y, por tanto, no tiene sentido definir el género como la interpretación cultural del sexo, si el sexo mismo es considerado como una categoría de género. En efecto, parece que la sociedad modela tanto las personalidades y conductas, como también las formas en que se presenta el propio cuerpo.

En este sentido, la tesis de que el sexo es algo construido parece razonable. Sin embargo, hay que ser cautos con las posturas postmodernistas ya que es difícil aceptar la totalidad de sus argumentos. Así, muchas de las representantes del feminismo de la diferencia tienden a defender que la construcción social de la identidad sexual sigue un mismo patrón universal en todas las culturas en base a los cuerpos masculino y femenino, es decir, que existe cierto *fundacionalismo biológico* en la definición del sexo<sup>9</sup>. De este modo, se crea un falso uniformismo identitario en cuanto al sexo y la sexualidad, que comporta un obstáculo para comprender las auténticas diferencias individuales de todos los seres humanos (entre mujeres y hombres, pero también entre las propias mujeres en sí, y entre los mismos hombres). Por ejemplo, ya no se habla de “las mujeres” sino de “la mujer”, que es definida esencialmente como madre (en esta línea está Lucy Irigaray<sup>10</sup>).

Esta es la razón por la que no basta pensar que el sexo es algo construido socialmente<sup>11</sup>. Hay que incidir en la idea de que los géneros masculino y femenino han sido socialmente construidos de manera identitaria y colectiva. La realidad es que los sujetos no se dividen en mujeres y hombres, y todos los seres humanos existen con sus individuales diferencias.

Por eso, dentro del feminismo postmoderno de la diferencia, resultan más interesantes las propuestas *queer*. Por ejemplo, Donna Haraway crea un nuevo sujeto único al que denomina *cyborg*<sup>12</sup>. Lo *queer* es el lugar de la identidad paradójica, que es la única identidad que parece posible<sup>13</sup>. Es una identidad individual y única, y en ella se incluye la orientación sexual sin etiquetados. Cualquier esencialismo de género es imposible, ya que la diferencia está en todas partes.

También cercana a las teorías *queer* está Judith Butler, quien problematiza asimismo la noción de género y también la de sexo como construcciones culturales. Para ella, el género no puede separarse en ningún caso de las intersecciones políticas y culturales de clase, raza, etnias y otras relaciones de poder en las que se produce y reconstruye de forma continua e incoherentemente<sup>14</sup>. Ante ello, su solución práctica consiste en la proliferación de géneros no

---

*Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, pp. 1515 y ss.

<sup>9</sup> NICHOLSON, L., “La interpretación del concepto de género”, trad. P. Linares, en TUBERT, S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 51.

<sup>10</sup> IRIGARAY, L., *Espéculo de la otra mujer*, trad. R. Sánchez Cedillo, Akal, Madrid, 2007.

<sup>11</sup> NICHOLSON, L., “La interpretación del concepto de género”, *cit.*, p. 53.

<sup>12</sup> HARAWAY, D. J., *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinvención de la naturaleza*, trad. M. Talens, Cátedra, Madrid, 1995.

<sup>13</sup> ACEBRÓN, J. Y MÉRIDA, R. M., *Diálogos gays, lesbianos, queer*, Universidad de Lleida, Lleida, 2007, p. 99.

<sup>14</sup> BUTLER, J., *El género en disputa*, trad. M. A., Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 49 y ss.

coherentes. El concepto de género se presenta como algo abierto, que se resignifica continuamente<sup>15</sup>. De él va brotando la actitud crítica y reflexiva de lucha política.

Así pues, lo *queer* se instala más allá de la reivindicación política de la diversidad de opciones sexuales en el discurso sobre identidad/género/sexo/deseo, y presta atención a los mecanismos visibles (cuerpo, representación, etc..) y a los invisibles (poder, norma, política...) <sup>16</sup>. Todas estas piezas afectan a todos porque se ha impuesto un orden político-social obligatorio, es decir, un sistema de etiquetas que provocan la ilusión de una identidad prefijada. La identidad y el género aparecen como elementos insertos en la propia naturaleza humana, pero ciertamente la naturaleza también se construye. El cuerpo es algo construido culturalmente, y desde el nacimiento los seres humanos son artificialmente clasificados en hombre o mujer, esto es, en un género determinado a partir de la interpretación de los genitales sexuales.

Es cierto que la consideración de las identidades colectivas puede ser (y ha sido) útil en ciertos momentos de lucha contra la discriminación (de las mujeres, pero también de LGBT), pero a largo plazo las identidades segregan a los seres humanos artificialmente<sup>17</sup>. De ahí que la consideración de un “tercer sexo” puede ser problemática.

En definitiva, el concepto de género (la oposición masculino/femenino) puede ser una herramienta útil para cuestionar las bases biológicas de la diferencia sexual, la dicotomía cultura/naturaleza y el esquema de dominación/subordinación asociado al mismo, pero su oposición al sexo es dudosa porque el sexo es también una construcción cultural. Además, ni el género ni el sexo pueden utilizarse para parcelar los seres humanos que son todos diferentes entre sí. Si el concepto de género ha comportado que el sujeto se incorpore injustamente en una única identidad colectiva común, la sexualidad no puede caer en el mismo error. El sexo es individual y múltiple, y no se explica por ninguna dualidad o tercialidad.

### 3. LA DEFINICIÓN DEL SUJETO DE DERECHOS: IDENTIDAD, IGUALDAD Y DIFERENCIA.

Una vez delimitadas las personas que integran el colectivo de LGBT es preciso, no obstante, justificar que los LGBT son sujetos iguales en derechos por muchas diferencias que presenten con las personas heterosexuales, esencialmente porque las personas del colectivo “heterosexuales” son igualmente muy diferentes entre sí.

Ciertamente, las propuestas postmodernas *queer* resultan muy interesantes para deconstruir los conceptos de sexo y género. No obstante, con ellas el sujeto desaparece como tal, lo que no deja de ser controvertido. La ausencia de un sujeto “iniciático” que reflexione sobre su existencia y sus derechos, y sea libre y autónomo no parece ayudar a la emancipación humana. Por esta razón, la tarea debe ser la reconstrucción (que no destrucción) del sujeto de derechos.

En vista a las críticas de las nociones de sexo y género que se han mencionado en el apartado anterior, se estima peligroso realizar la definición del sujeto de derechos en base a la *identidad*. La identidad conlleva la igualdad absoluta en todas las características que definen a los individuos integrantes de un grupo. Pero, en realidad, la *diferencia* es algo intrínseco a todo ser humano individual, y la identidad no deja de ser una mera ficción artificial, con potenciales consecuencias negativas. Por eso, es más conveniente definir al sujeto en base a la *igualdad*. La igualdad homologa o equipara las cualidades de sujetos diferentes, de tal manera que se fije aquello relevante para formar el grupo pero sin perder las diferencias de cada uno.

<sup>15</sup> BUTLER, J., *El género en disputa*, cit., p. 282.

<sup>16</sup> ACEBRÓN, J. Y MÉRIDA, R. M., *Diálogos gays, lesbianos, queer*, cit., p. 102.

<sup>17</sup> BOURDIEU, P., *La dominación masculina*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 2000, pp. 143 y ss.

En relación a esto, es primordial distinguir entre diferentes tesis sobre el sujeto de derechos. Anteriormente se aludían las propuestas del feminismo postmoderno de la igualdad en la diferencia. El feminismo de la diferencia tiende a definir identitariamente a los sexos, y les atribuye una serie de cualidades en base a su biología. Las mujeres tendrían unos atributos basados en el amor y el cuidado, entroncados especialmente en la idea de ser “madre”. El problema de este punto de vista no es que no se deban revalorizar el amor y el cuidado (por supuesto que sí). Sin embargo, si las mujeres no cambian nada y simplemente se apropian de esas actividades que consideran superiores, quedarán paralizadas por una estrategia que para nada servirá para cambiar el sistema de poder de los sexos. La táctica está condenada a fracasar, además, si al considerar la importancia de los valores tradicionalmente asignados al sexo femenino se concluye en la defensa de una organización matriarcal igual de injusta (aunque dicho sistema matriarcal se exprese solamente de manera utópica<sup>18</sup>). Y es que, ante todo, no se entienden por qué esos valores deben ser exclusivamente femeninos.

Problemas similares tiene la definición identitaria de los hombres. Desde el feminismo radical, el grupo masculino se considera más racional, aunque también más fuerte y violento. En este sentido, Raquel Osborne explica que el feminismo cultural americano considera como atributo del grupo de los hombres la violencia, que fácilmente puede transformarse en violencia sexual contra las mujeres<sup>19</sup>. No obstante, pensar que la violencia masculina sobre las mujeres tiene un origen biológico es ignorar los macropoderes del sistema social patriarcal.

Por tanto, la plasticidad de las identidades frente a la concepción determinista que subraya la rigidez de lo biológico debe quedar de manifiesto. Nadie niega la existencia de diferencias entre macho y hembra, pero no se debe desdeñar la manipulación ideológica de esas diferencias biológicas.

En concreto, esa variabilidad se da también en las deseos sexuales. Desde sus inicios, el tema de la libertad sexual y la libertad en la orientación sexual han sido diversamente tratados desde varias posiciones. Desde el feminismo radical se reaccionó en contra de la revolución sexual de los años sesenta al interpretarse como estratagema masculina para la obtención de más sexo sin ofrecer nada a cambio<sup>20</sup>. Además, de forma paralela, ciertas feministas atacaron la propia institución heterosexual por considerarla un elemento más de imposición y violencia masculina sobre las mujeres. Por ejemplo, en 1980 Adrienne Rich defendió que la heterosexualidad no es necesariamente una institución natural, sino que es socialmente construida e impuesta a las mujeres a través de las fuerzas estructurales controladas por hombres. Ciertamente, la heterosexualidad se ha considerado (y aún se considera hoy) injustamente el comportamiento sexual “normal”, frente a los comportamientos “desviados” como el de LGBT. Y, aunque no se pueda ignorar que la mayoría de las mujeres no entienden su heterosexualidad como elemento explotador, es muy interesante y revelador analizar estas críticas a la heterosexualidad, sobre todo, porque ciertos argumentos conservadores en contra de la libertad sexual están resurgiendo hoy.

Frente a las tesis como la de Rich, ciertas conservadoras atacaron la libertad sexual con argumentos muy distintos. Germaine Greer defendió que la libertad sexual y de orientación sexual consisten en una demostración de irresponsabilidad y de egoísmo por parte de ambos sexos ante las responsabilidades familiares. De ahí su lucha contra el feminismo, el aborto y los derechos de los gays. La nueva Derecha se calificó de “pro vida”, “pro moralidad”, “antihomosexualidad”, “antifeminismo”, “antiaborto” y “antidivorcio”, todo englobado en el lema

<sup>18</sup> Véase IRIGARAY, L., *Espéculo de la otra mujer*, cit.

<sup>19</sup> OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad: un debate en la sociología contemporánea de la mujer*, Cátedra, 1993, p. 48.

<sup>20</sup> OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad*, cit., p. 25.

“PRO FAMILIA”<sup>21</sup>. Además, este antifeminismo unió sus fuerzas contra los servicios prestados por el Estado de Bienestar que intervenía, según defienden, injustamente en la vida privada (lo que resulta paradójico ya que sí consideran necesaria la existencia de leyes que reforzasen la institución familiar o castigasen el aborto). Los argumentos conservadores promovieron, entre otras cosas, la peligrosa creación de una jerarquía moral entre las mujeres de acuerdo con lo que se considera sexualmente apropiado (división entre buenas/malas chicas). Este tipo de posiciones no eran solamente defendidas por hombres, sino también por mujeres. No extraña que los hombres sean conservadores y luchen por mantener sus privilegios y su poder social. Lo raro y curioso es que lo hagan las mujeres. Sin embargo, no se les puede culpar. El sistema de los sexos engendra un conjunto de procesos que mitigan la necesidad de emplear el poder de los recursos que poseen los hombres, haciendo que las mujeres tomen elecciones inadvertidamente que refuercen el propio sistema, que las pone en desventaja y las devalúan<sup>22</sup>.

Es sugestivo poner de relieve que el feminismo de la diferencia se puede acercar en sus consecuencias a las posiciones conservadoras porque defienden unas identidades fijas sobre lo femenino y masculino. Al seguir entendiendo a las mujeres como seres más sensibles y más aptas para el amor y el cuidado, conducen fatalmente al mantenimiento del *status quo* patriarcal, ya que el poder lo detentan los hombres y poco vale lo que piensen o digan las mujeres. El ejemplo paradigmático es el movimiento del feminismo cultural antipornografía. La pornografía se consideró una traducción cultural de la dominación y violencia sexual masculina sobre las mujeres, y por tanto había que censurarla (como también pensaba la corriente conservadora<sup>23</sup>).

Como se deduce de lo expuesto, el tema de la libertad sexual y la orientación sexual ha sido una fuente de discusiones dentro del mismo feminismo. Pero la orientación sexual es, asimismo, una cuestión de hombres, incluso más duramente atacada. Por ejemplo, la falsa creencia social de que las relaciones entre hombres (no entre mujeres) son casi siempre promiscuas y superficiales está siendo muy negativa para alcanzar ciertos derechos, como la adopción de menores. El hecho de que los homosexuales sean tratados con más dureza que las lesbianas es una consecuencia del mismo sistema patriarcal donde la masculinidad se aprecia más<sup>24</sup>. Durante mucho tiempo, las lesbianas y la conducta lésbica fueron ignoradas siempre que las mujeres se adaptasen al resto de patrones sociales.

Así pues, es cierto que las cuestiones que atañen a la orientación sexual son relevantes para el mantenimiento del sistema de los sexos, pero la heterosexualidad obligatoria y exclusiva no es el único bastón fundamental de este sistema. Por ello, la mera conciencia sexual no puede servir de mecanismo para el cambio del sistema a gran escala<sup>25</sup>. Entre otras cosas, además, porque se corre el peligro de crear nuevas identidades fijas.

De todos modos, como se afirmaba antes, las identidades pueden ser útiles en ciertas ocasiones, es decir, cabe un “esencialismo estratégico” que una a grupos de individuos para la lucha en defensa de sus intereses<sup>26</sup>. En este sentido, se pueden entender las identidades sociales de manera compleja, cambiante y en construcción. Nancy Fraser insiste en que el separatismo cultural de las mujeres es inadecuado<sup>27</sup>. Afirma que ha sido una necesidad a corto plazo, pero a la larga es contraproducente con los objetivos de igualdad. Sin embargo, a la vez,

<sup>21</sup> OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad*, cit., p. 213.

<sup>22</sup> SALTZMAN, J., *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, trad. M. Coy, Cátedra, Madrid, 1992, p. 102.

<sup>23</sup> OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad*, cit., p. 48.

<sup>24</sup> SALTZMAN, J., *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, cit., p. 111.

<sup>25</sup> SALTZMAN, J., *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, cit., pp. 113, 130, 131.

<sup>26</sup> OLIVA PORTOLÉS, A., “Debates sobre el género”, cit., pp. 49-50.

<sup>27</sup> FRASER, N., *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, trad. M. Holguín y I. C. Jaramillo, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Columbia, 1997.



considera que una historiografía del género basada en la identidad femenina puede ayudar para encontrar patrones de comportamiento, y formular soluciones para la lucha feminista. Fraser asume la crítica a la identidad del género mujer pero entiende que puede haber una experiencia común a las mujeres que desemboque en conclusiones generalizables sobre la base de género, sin que ello borre las diferencias reales como las raciales, de conducta sexual o de clase social<sup>28</sup>. Las identidades se construyen y deconstruyen, aunque no en el sentido del feminismo postmoderno, sino en el sentido de que los discursos generales sobre la mujeres han de estar sujetos a revisión. Lo mismo puede suceder con otros colectivos., como el de LGBT.

Las identidades (como las sexuales) persiguen fines emancipatorios, pero presumir unas identidades puras pueden ser contraproducente e ir en contra de la propia diferencia individual de cada uno<sup>29</sup>. Por eso es más adecuada la definición del sujeto propuesta por el *feminismo de la igualdad en la diferencia*. Desde esta posición, lo esencial es lo que nos hace iguales, esto es, que somos todos igualmente libres para elegir y ser diferentes.

El modelo de la igualdad de género reelabora un concepto universal de sujeto compatible con la idea de que el género es algo construido, y que probablemente también lo es el sexo (coincide así con las reivindicaciones de los grupos de LGBT).

El objetivo de esta tendencia es mostrar que todos los individuos son diferentes porque son sujetos contruidos por elección individual y contextual, pero a la vez tienen algo en común porque de hecho todos son seres humanos. Ese elemento común es lo que se denomina dignidad humana.

Aceptando la diferencia de todos los individuos (sean hombres o mujeres), este modelo trata de poner el acento en esa esencia mínima común que sería la base para definir un sujeto universal como sujeto digno y, por tanto, titular igual de derechos. De esta forma, para este modelo es posible la reconstrucción de un sujeto universal identificado con todos los seres humanos, sin distinción sexual entre mujeres y hombres y, al mismo tiempo, sensible a las diferencias individuales de todos.

Esta posición no es, como pudiera parecer, “esencialista”. Al contrario, puede considerarse una visión nominalista moderada o, en todo caso, realista no metafísica<sup>30</sup>. Es decir, se define al ser humano a partir de una esencia común que hace alusión a unos constituyentes básicos, pero éstos no son definidos de forma cerrada, y están siempre abiertos al diálogo.

La dignidad humana ha de concebirse como un concepto complejo y amplio al que son reconducibles los valores morales que han conseguido un consenso entre países con diferentes concepciones políticas, y entre diversas confesiones religiosas y corrientes de pensamiento. Peces-Barba la define como “un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada (...) Es más un *prius* que un contenido de la Ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo. Es un fundamento del orden político y jurídico (...) Tiene un puesto relevante y prejurídico (...) Es el motivo de decisiones basadas en valores, principios y derechos (...) Pero no es un contenido de Derecho (...) No es un rasgo o una cualidad de la persona que genera sólo principios y

<sup>28</sup> DEL CASTILLO, R., “El feminismo de Nancy Fraser: crítica cultural y género en el capitalismo tardío”, en AMORÓS, C. Y DEL MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, p. 119.

<sup>29</sup> AMORÓS, C., “Feminismo y multiculturalismo”, en AMORÓS, C. Y DEL MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, p. 223.

<sup>30</sup> Es interesante la posición que mantiene Amorós en las polémica entre realismo y nominalismo: AMORÓS, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias...para las luchas de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 2006 (2ª ed.), p. 60.

derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse. Genera a lo largo de la historia (...) una reflexión sobre los medios para ser alcanzada y de esa reflexión surgirán los contenidos de la Ética pública”<sup>31</sup>.

#### 4. CONQUISTAS Y LÍMITES DE LOS INSTRUMENTOS POLÍTICO- JURÍDICOS: UN REPASO AL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD SEXUAL.

Los movimientos sociales de los LGBT (todos considerados “estratégicamente” del mismo colectivo) han sido y son claves para la aclaración de muchos de los conceptos analizados y para la promoción de la satisfacción de los derechos de este colectivo, sobre todo porque los instrumentos y medidas políticas, jurídicas y sociales son aún insuficientes y dispersas.

Si se realiza un acercamiento a la normativa se puede observar que, a pesar de las conquistas, la regulación de la igualdad y la no discriminación por razones de orientación sexual y de identidad de género es parca, además de que existen poco instrumentos específicos de protección.

A nivel internacional, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 10 de diciembre de 1948), como el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (PIDCP, 16 de diciembre de 1966) y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC, 16 de diciembre de 1966) regulan genéricamente la igualdad y el principio de no discriminación en varios preceptos (preámbulo y arts. 1, 2 y 7 de la DUDH; arts. 2, 24, 25 y 26 del PIDCP, arts. 2, 7. a y c y 10 del PIDESC). Pero la orientación y la identidad sexual no se nombran expresamente como causas directas de discriminación y quedan englobadas en la cláusula abierta que establece discriminación por otras razones de diversa índole. Esto conlleva que constantemente en cualquier tema o ámbito sea necesaria la justificación de su inclusión, alegando la igual dignidad y derechos de todas las personas en su conjunto y, así pues, también de los miembros del grupo de LGBT en concreto.

En el ámbito de Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Derechos Humanos (HCR), el Comité de Derechos Humanos (CCPR) y el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales (CESCR) velan por la igualdad de derechos de todos<sup>32</sup>. Pero mientras el principio de no discriminación en situaciones concretas, como las sufridas por la mujer, la infancia o los inmigrantes, se trató temprana y extensamente en diversas disposiciones y declaraciones, la reivindicación del principio de no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género y el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB se incorporó al discurso de Naciones Unidas más tardíamente<sup>33</sup>.

Durante varios años hubo varios intentos para poner en la agenda política la cuestión social de este colectivo. Se quiso realizar una Resolución, la fallida Resolución sobre los derechos

<sup>31</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Cuadernos del Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 64-65.

<sup>32</sup> Entre los casos jurisprudenciales están, por ejemplo, el caso *Toonen contra Australia* en el que se considera que la criminalización de la homosexualidad no puede ser una medida de prevención del SIDA, incluso la considera contraproducente ya que impide que los programas de salud pública lleguen a colectivos marginados. También se rechaza que la moralidad pública sea una mera cuestión doméstica. En el caso *Edward Young contra Austria* se entiende que cuando se habla de “sexo” en el PIDCP se incluye cuestiones de orientación sexual, lo cual amplía considerablemente la protección en este campo. (ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, cit., pp. 114-116.

<sup>33</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, cit., p. 55.

humanos y la inclinación sexual en la Comisión de Derechos Humanos, en 2003, conocida como “Resolución brasileña”. También se presentaron diversas Declaraciones: la Declaración de Jelena Postic en 2004, la Declaración de Nueva Zelanda en 2005, y la Declaración de Noruega en 2006, completada por la Declaración de las Organizaciones no gubernamentales sobre orientación sexual, identidad de género y Derechos Humanos. Todas estas declaraciones fueron presentadas ante la Comisión de Derechos Humanos pero, a pesar de que en cada una se fueron sumando cada vez más países, no tuvieron la acogida esperada. Igualmente, en 2006, Organizaciones no gubernamentales presentaron una Exposición ante el Secretario General: la Exposición titulada “La promesa del Consejo de Derechos Humanos: Grupos marginados, orientación sexual e identidad de género”. Pero hasta 2007 los esfuerzos no dieron su fruto. En ese año se presentaron los Principios de Yogyakarta, que fueron asumidos por el Consejo de Derechos Humanos. Estos principios supusieron un gran avance en la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Paralelamente, la misma Comisión trató el tema de la orientación e identidad sexual en relación a ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, así como en Grupos de trabajo sobre detención arbitraria y en Informes del Relator sobre la materia, que han dado lugar a diversas Resoluciones. Del mismo modo, el Consejo Económico y Social ha elaborado Informes sobre la situación de este colectivo. Además, varias organizaciones han conseguido el estatus de organismo consultivo, por ejemplo, la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA, en Europa). Con todo, una resolución específica sobre la materia ha costado mucho. La razón es que algunos países que forman parte de la ONU, todavía consideran la homosexualidad como delito (a veces incluso sancionado con la pena de muerte). Finalmente, esa Resolución llegó: la Resolución de 28 de septiembre de 2011 sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

Otras organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o la Organización Mundial de la Salud (OMS) también se han pronunciado a favor de estos colectivos (hay que señalar, no obstante, que la OMS no desclasificó la homosexualidad como enfermedad hasta 1992).

En el ámbito europeo, merece la pena destacar los avances en la materia. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea recoge el principio de no discriminación en su artículo 13 (reformado por el Tratado de Ámsterdam en 1997 y el Tratado de Niza en 2001), haciendo mención expresa a la orientación sexual. Esto es un paso más respecto a la normativa internacional. Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007) alude a la igualdad ante la ley de todas las personas (artículo 20), y prohíbe toda discriminación indicando como causa la orientación sexual (artículo 21). Sin embargo, no todos los instrumentos mencionan directamente la materia. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH, Consejo de Europa, Roma, 4 de noviembre de 1950) cuenta con el artículo 14 y el Protocolo núm. 12 que hacen alusiones genéricas a la igualdad y el principio de no discriminación, aunque desgraciadamente solo en relación a los derechos mencionados en su texto, sin que exista una referencia general. Además, el artículo 14 CEDH expresa que el goce de los derechos del Convenio se ha de asegurar “sin distinción”, y nombra especialmente algunas causas cuya consideración comportaría discriminación. En ellas no aparecen ni la orientación sexual ni la identidad de género, si bien, de nuevo, no se trata de un catálogo clausurado sino abierto a “otras razones”.

De todos modos, en Europa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la Comisión Europea son mecanismos fundamentales del control, y existe una amplia jurisprudencia en relación a la igualdad y no discriminación del

colectivo de LGBT<sup>34</sup>.

Igualmente, el Consejo de Europa ha realizado varias recomendaciones destacables. La Recomendación 924 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, de octubre de 1981, (que, entre otras cosas, exhortaba a la OMS para que eliminara la homosexualidad como enfermedad); la Recomendación 1470, de 30 de junio de 2000, sobre inmigración y asilo a gays y lesbianas y a sus parejas; la Recomendación 1474, de 26 de septiembre de 2000, sobre la situación de gays y lesbianas en Europa; la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, por la que se establece un programa comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006); la Recomendación 1635, de noviembre de 2003, sobre gays y lesbianas en el Deporte, etc..

Asimismo, son importantes las Directivas que incluyen la cuestión de la orientación sexual. Entre ellas la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta disposición menciona la orientación sexual en su preámbulo (punto 29, 31), y también en el artículo 2. 2. a), cuando regula la prohibición de discriminación indirecta. Del mismo modo, la Directiva 2002/73/CE, de 27 de noviembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso, el empleo, al a formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En ella se considera la discriminación contra los transexuales como una forma de discriminación por motivos de sexo. También la Directiva 2004/58/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a moverse y residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros, que alude a que el miembro de la familia es “la persona registrada”. La Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, que define el término “refugiado” como cualquier nacional perseguida “por su pertenencia a determinado grupo social”. Por último, hay que nombrar la más reciente, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que alude a la orientación sexual en dos ocasiones (preámbulo puntos 9 y 56).

El Parlamento europeo ha realizado también diversas Resoluciones: la Resolución del

<sup>34</sup> El TEDH ha dado lugar a una amplísima jurisprudencia en esta materia: el caso *Dudgeon*, en sentencia de 22 octubre de 1981; el caso *Norris contra Irlanda*, en sentencia de 30 de noviembre de 1987; el caso *Modinos contra Chipre*, en sentencia de 22 de abril de 1993; el caso *A.D.T. contra Reino Unido*, en sentencia de 31 de octubre de 2000; el caso *B.B. contra Reino Unido*, en sentencia de 10 de febrero de 2004; y los casos *L. y V. y S.L. contra Austria*, en sendas sentencias de 9 de enero de 2003; los casos *Lustig-Prean and Beckett contra Reino Unido* y *Smith and Grady contra Reino Unido*, en sentencias de 27 de diciembre de 1999; el caso *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, en sentencia de 21 de marzo de 2000; el caso *Kerner contra Austria*, en sentencia de 24 de julio de 2003.

En cuanto a transexualidad destacan asuntos como el de *Van oostwijk contra Bélgica*, en sentencia de 6 de noviembre de 1980; el caso *Rees contra el Reino Unido*, en la sentencia de 17 de octubre de 1986; el caso *Coosey contra el Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990; el caso *Norbert B. contra Francia*, en la sentencia de 25 de marzo de 1992; el caso *Botella c. Francia*, en la sentencia de 25 de mayo de 1992; el caso *X., Y. y Z. contra el Reino Unido*, en sentencia de 22 de abril de 1997; el caso *Fretté contra Francia*, en sentencia de 26 de febrero de 2002; el caso *E.B. contra Francia*, en sentencia de 22 de enero de 2008; el caso *I. contra Reino Unido*, en sentencia de 11 de julio de 2002; el caso *Pretty contra Reino Unido*, en sentencia de 29 de abril de 2002; el caso *Mikulic contra Croacia*, en sentencia de 7 de febrero de 2002; el caso *Goodwin contra Reino Unido*, en sentencia de 11 de julio de 2002; el caso *Grant contra Reino Unido*, en sentencia de 26 de mayo de 2006; *Schalk and Kopf contra Austria*, en sentencia de 26 de junio de 2010; *Gas and Dubois contra Francia*, en sentencia de 15 de marzo de 2012; *X. y otros contra Austria*, en sentencia de 19 de febrero de 2013.

El TJCE también cuenta con una extensa jurisprudencia. Por citar algún ejemplo el caso *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd*; o el caso *P. c. S. y Cornwall County Council*, en sentencia de 30 de abril de 1996.

Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 1984, sobre las discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo; la Resolución, de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo, sobre la discriminación de los transexuales; la Resolución, de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los Homosexuales y de las Lesbianas en la Comunidad Europea; la Resolución, de 8 de junio de 2005, sobre la protección de las minorías y las políticas de lucha contra la discriminación en la Unión Europea; y la Resolución, de 18 de enero de 2006, sobre Homofobia en Europa que vuelve a elaborarse hasta la Resolución, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa. Ésta se basa en: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Manual para promover el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas LGBT aprobado por el grupo de trabajo sobre derechos humanos del Consejo de la Unión, otras Resoluciones anteriores como la de 29 de abril de 2010 sobre discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, la Recomendación del Comité de Ministros CM/Rec/(2010)5, de 31 de mayo de 2010 sobre medidas para combatir la discriminación sexual o la identidad de género, o el Informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de noviembre de 2010 sobre homofobia, transfobia y discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género.

Por lo demás, es interesante resaltar los puntos relativos a la orientación sexual e identidad de género en los distintos Informes emitidos por la Asamblea de Parlamentarios y por la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos internos, que son informes sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. El primero fue el Informe de la Asamblea de 6 de junio de 2000, realizado por la Comisión de Temas y Derechos Humanos, sobre la situación de los gays y las lesbianas en los Estados miembros del Consejo de Europa.

En España, son muchos los derechos fundamentales y valores constitucionales que pueden entenderse vulnerados si se restringen los derechos de los homosexuales y se tratan como un reducto minoritario frente a la mayoría heterosexual. En un Estado social y democrático derecho como propugna en el art. 1.1 de la CE, cuyos valores superiores son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político no encajan las desigualdades en relación a este colectivo que podría ver vulnerados derechos como la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y, sobre todo, la igualdad.

El art. 14 de la Constitución Española (CE) no hace alusión expresa a la orientación sexual y la identidad de género pero se entienden incluidos como “otra condición o circunstancial social o personal”. El Tribunal Constitucional (TC) puede realizar diferenciaciones en el trato pero solamente en base a un test de relevancia<sup>35</sup> y razonabilidad (finalidad, congruencia y proporcionalidad). Además, está el artículo 9.2 de la CE que menciona la igualdad sustancial.

A nivel legislativo, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres menciona la orientación sexual y la identidad de género en varias ocasiones y modifica la normativa laboral incluyendo, entre otras razones, la prohibición de discriminación por orientación sexual.

Las diversas leyes autonómicas sobre igualdad entre mujeres y hombres también mencionan la orientación sexual: la Ley 1/2003 de Castilla y León reformada por la Ley 7/2007; la ley valenciana 9/2003; la Ley gallega 7/2004; la Ley vasca 4/2005; la Ley 12/2006 de Baleares; la Ley andaluza 12/2007; o la Ley 7/2007 de Murcia.

<sup>35</sup> El test de relevancia, en opinión de algunos autores, ha sido eliminado de la aplicación del juicio de igualdad por el Tribunal Constitucional. Véase: MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería-Servicio de Publicaciones, Almería, 2000, p. 117.

Además de la legislación, la orientación sexual y la identidad de género se han incluido en diversos planes a nivel nacional y autonómico.

En general, las reivindicaciones centrales del colectivo de LGBT han sido el matrimonio de parejas del mismo sexo y el cambio de nombre de las personas transexuales<sup>36</sup>. En cuanto al matrimonio, se aprobó la Ley 13/2005 de matrimonio de parejas del mismo sexo. Esta ley mantiene la denominación de “matrimonio” pero cambia los términos de “esposo” y “esposa” por cónyuge. Incluye derechos de herencia, impuestos, nacionalidad, divorcio, vivienda, adopción, etc...No obstante, es una ley con algunos aspectos defectuosos. Por ejemplo, no ha incorporado la perspectiva de género ni ha transformado otras leyes como la Ley 45/2003 de Reproducción Asistida (en este sentido, es llamativo que las lesbianas se vean obligadas a utilizar donantes de óvulos anónimos y no los de su pareja). En relación al tema del cambio de nombre de los transexuales, se aprobó la Ley 3/2007 de cambio registral del nombre. Esta ley hace posible modificar el registro sin que haya cirugía pero siempre que se cumplan algunos requisitos: tener un diagnóstico de disforia de género, haber pasado dos años de tratamiento, ser mayor de edad y tener la nacionalidad española. A pesar de ser una ley muy avanzada, no aborda el tratamiento integral de las personas transexuales. Es decir, la ley introduce cambios relevantes, al no requerir la esterilidad ni la obligatoriedad de no estar unido/a en matrimonio, como sucede en otros países. Pero, por ejemplo, ignora la necesidad de cubrir los tratamientos hormonales, psicológicos, médicos, etc., de las personas transexuales, en todo el territorio.

A nivel autonómico, las políticas en esta materia se han centrado en el reconocimiento de las parejas de hecho, en servicios de atención a este grupo vulnerable y la realización de diversos planes interdepartamentales. En cuanto a las parejas de hecho se observa la variabilidad autonómica, como sucede en el caso de la adopción de hijos por estas parejas (aceptada en Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco y Cantabria, pero no en Valencia, Madrid, Baleares, Asturias, Andalucía, Canarias y Extremadura).

En Navarra existe, además, la Ley foral 12/2009, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Y este año 2014 se ha aprobado en Galicia la primera ley autonómica contra la discriminación del colectivo de LGBT. Se trata de la primera norma de una Comunidad Autónoma que ampara la diversidad sexual y alude a medidas concretas cuyo objetivo es proteger las distintas manifestaciones de la sexualidad.

En conclusión, los avances y conquistas en la igualdad y derechos del colectivo de LGBT a nivel internacional, europeo y español no son desdeñables. Se está trabajando para la igualdad social de este colectivo utilizando los conceptos de igualdad formal y no discriminación, lo que resulta absolutamente necesario. No obstante, es cierto que la igualdad de este grupo no se puede conseguir únicamente a través de medidas basadas en esta dimensión formal de la igualdad. Se requieren otro tipo de instrumentos y políticas que busquen la igualdad real o sustancial de las personas LGBT y que, además, no sean ni demasiado generalistas ni monofocales puesto que el objetivo final debe ser la transformación profunda del sistema social.

## **5. A MODO DE CONCLUSIÓN: NUEVAS ESTRATEGIAS PARA LA IGUALDAD DEL COLECTIVO DE LGBT.**

Los instrumentos político-jurídicos a nivel internacional y regional regulan la igualdad y el principio de no discriminación normalmente de manera general, y en ocasiones más

---

<sup>36</sup> PLATERO, R., “Discriminación por orientación sexual e identidad de género”, en ÁLVAREZ, E. Y FIGUERUELO, A. Y NUÑO, L. (dirs.), *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 169 y ss.

acertadamente haciendo alusión expresa a la situación específica de la orientación sexual y la identidad de género. Con todo, la cuestión no es solamente que la normativa al respecto sea insuficiente sino también, como se indicaba anteriormente, que la estrategia de igualdad y no discriminación es limitada para la consecución de la igualdad real.

Si se examina el primer principio de los Principios de Yogyakarta se afirma que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”, y a continuación se enumeran una serie de obligaciones por parte de los Estados: consagrar los principios de universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, garantizar la protección de todos los derechos, modificar la legislación para la compatibilizar el disfrute de los derechos de todos, emprender programas de educación y sensibilización e integrar políticas con un enfoque pluralista que reconozca la complementariedad de todos los aspectos de la identidad humana.

De estas obligaciones declaradas es destacable la mención a la indivisibilidad y complementariedad de todos los derechos, que ha sido un tema arduamente discutido en la doctrina *iusfilosófica*<sup>37</sup>. En efecto, una gran aspiración de los derechos y de los movimientos de LGBT en concreto es que los derechos sean tratados realmente en conjunto, ya que son concreción de los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad que a su vez se refieren al concepto único más amplio de dignidad humana. Todos las personas son dignas y, así pues, son iguales y libres, y han de gozar de todos los derechos sin excepción. La Declaración de Viena de 1993 ya reiteró los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Por eso, hay que corregir el desequilibrio en el tratamiento de los diferentes derechos realizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que entra en contradicción con la propia Declaración y otros textos<sup>38</sup>.

A su vez, esto tiene que ver con la idea de que los valores tienen una doble dimensión formal y material, que están íntimamente ligadas. Es criticable que a nivel internacional y regional la igualdad se siga interpretando de manera principalmente formal, como igualdad ante la ley. Es decir, se persigue esencialmente la igualdad en base a la dimensión formal y no material de este concepto, pero la conexión entre ambas es indudable. De hecho, el segundo principio de los Principios de Yogyakarta establece que “Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase (...).” Seguidamente se nombran una serie de obligaciones estatales: incluir (si no lo han hecho) el principio de igualdad y no discriminación en su normativa, derogar todas las disposiciones penales y de cualquier índole que prohíban la actividad sexual de personas del mismo sexo estableciendo la misma edad de consentimiento de las relaciones sexuales para todos, adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para eliminar la discriminación por orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada,

<sup>37</sup> MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007; Id., *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010; Id., *Hacia un concepto complejo de igualdad. La igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2012.

<sup>38</sup> VILLÁN DURÁN, C., “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas”, en ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS DE ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 75-76; PIGRAU SOLÉ, A., “Preámbulo”, en ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS DE ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 95.

tomar las medidas para garantizar el desarrollo y el goce en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, y adoptar medidas de educación y capacitación en este ámbito.

Todo ello es, desde luego, absolutamente indispensable. Pero se debe insistir más profundamente en el concepto de igualdad. Por una parte, al hablar de igualdad formal, se requiere determinar aquello que hace iguales a los seres humanos para poder así identificarlos y aplicarles los mismos efectos jurídicos. Al mismo tiempo, esa igualdad no puede ser estática y se deben fijar las diferencias que son relevantes en términos comparativos, porque sólo aquellas aceptadas pueden llevar a considerar los casos como diferentes y comportar un tratamiento jurídico diferente. Precisamente, con la consideración de las diferencias relevantes, la igualdad formal conecta con su otra dimensión fundamental: la material, real o sustancial. La igualdad sustancial es una igualdad en los resultados que no debe confundirse con el igualitarismo absoluto (todos iguales en todo). Más bien, es la consecuencia del conjunto de medidas continuas a tomar por los poderes públicos para lograr una semejante calidad de vida. Entre ellas, se incluye la posibilidad de realizar un tratamiento jurídico desigual en caso de desigualdad fácticas, volviendo circularmente a conectarse la dimensión sustancial de la igualdad con su vertiente formal.

Otra de las aspiraciones del movimiento por la igualdad y reconocimiento de derechos del colectivo de LGBT es que esta doble dimensión de la igualdad sea tenida en cuenta, sobre todo, porque la consecución de su igual dignidad no puede ser únicamente una lucha contra su discriminación formal sino que, como sucede con la discriminación contra las mujeres, hace falta una reforma estructural del sistema sexo-género. Desgraciadamente, este sistema social *cataloga* artificial e injustamente a los seres humanos. De hecho, la estrategia de concebir al colectivo de LGBS como grupo es útil, pero indudablemente no puede significar la consideración de identidades fijas que eliminen las diferencias innatas a todo individuo.

Es una pena que actualmente los derechos adquiridos por el colectivo de LGBT evidencien y refuercen aún los valores dominantes del sistema sexo-género, como son la monogamia, la pretendida irreversibilidad de la identidad y del deseo, entre otros. Muchas de las políticas que han tratado de reparar discriminaciones carecen de perspectiva de género, y no observan paralelamente la nacionalidad, edad, lugar de residencia, clase social y acceso a recursos, etc. La gran reivindicación debe ser la del reconocimiento de un derecho a la diferencia, ya que la diferencia es realmente lo que hace iguales a los seres humanos. Todos los seres humanos son diferentes y, justamente, con el fin de proteger la diferencia se conceden iguales derechos de elección de la propia vida y del propio concepto del bien.

En suma, se ha de desarrollar una estrategia más contundente que incida en la reforma estructural del sistema patriarcal, que rompa con la clasificación y jerarquización de los seres humanos según el sexo y que persiga el reconocimiento y satisfacción de un derecho individual a la diferencia en la orientación sexual y en la identidad de género, y en general, en cualquier aspecto fundamental y básico del ser humano, entre otras cosas porque el objetivo es proteger la dignidad humana.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ACCATI, L., "La diversidad original y la diversidad histórica: sexo y género entre poder y autoridad", trad. S. Tubert, en TUBERT, S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, pp. 215-252.



- ACEBRÓN, J. y MÉRIDA, R. M., *Diálogos gays, lesbianos, queer*, Universidad de Lleida, Lleida, 2007.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- AMORÓS, C., "Feminismo y multiculturalismo", AMORÓS C. y DE MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005a, pp. 217-264.
- AMORÓS, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias...para las luchas de las mujeres*, Cátedra, Madrid, 2006 (2ª ed.).
- BOURDIEU, P., *La dominación masculina*, trad. J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 2000.
- BUTLER, J., *El género en disputa*, trad. M. A., Muñoz, Paidós, Barcelona, 2007.
- CARAMAGNO, T. C., *Irreconcilable differences? Intellectual stalemate in the gay rights debate*, Praeger, Westport, Conneticut, London, 2002.
- DEL CASTILLO, R., "El feminismo de Nancy Fraser: crítica cultural y género en el capitalismo tardío", en AMORÓS C. y DE MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, pp. 63-120.
- FEMENÍAS, M. L., "El feminismo postcolonial y sus límites", en AMORÓS C. y DE MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, pp. 155-213.
- FRASER, N., *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, trad. M. Holguín y I. C. Jaramillo, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Columbia, 1997.
- JEFFREYS, S., *La herejía lesbiana. Una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana*, trad. H. Braun, Cátedra, Madrid, 1996.
- HARAWAY, D. J., *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinvención de la naturaleza*, trad. M. Talens, Cátedra, Madrid, 1995.
- IRIGARAY, L., *Espéculo de la otra mujer*, trad. R. Sánchez Cedillo, Akal, Madrid, 2007.
- MACCREDIE, J., *Making girls and boys. Inside the science of sex*, University of New South Wales Press Ltd., New South (Australia), 2011, pp. 180 y ss.
- MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería-Servicio de Publicaciones, Almería, 2000.
- MOLINA, C., "Género y poder las metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado", en TUBERT, S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, pp.159.
- MONEREO ATIENZA, C., "Herramientas para una teoría de los derechos sociales", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22 (2005), pp. 265-290.
- MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.
- MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010.
- MONEREO ATIENZA, C., *Hacia un concepto complejo de igualdad. La igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2012.

- NICHOLSON, L., "La interpretación del concepto de género", trad. P. Linares, en TUBERT. S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, pp. 47-81.
- NUSSBAUM, M., *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- OLIVA PORTOLÉS, A., "Debates sobre el género", en AMORÓS C. y DE MIGUEL, A., *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005, pp.15-60.
- OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad: un debate en la sociología contemporánea de la mujer*, Cátedra, 1993.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- PIGRAU SOLÉ, A., "Preámbulo", en ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 93-103.
- PLATERO, R., "Discriminación por orientación sexual e identidad de género", en ÁLVAREZ, E., FIGUERUELO, A. Y NUÑO, L., *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 169-182.
- SALTZMAN, J., *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, trad. M. Coy, Cátedra, Madrid, 1992.
- TUBERT, S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003.
- TUBERT, S., "Introducción. La crisis del concepto de género", en TUBERT. S. (ed.), *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid, 2003, pp. 7-37.
- VILLÁN DURÁN, C., "La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas", en ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 73-89.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000.